

法学研究論集

第50号 2019. 2

## 「共謀の射程」論の意義について

### Zur Bedeutung von der Prüfung auf den Rahmen des gemeinschaftlichen Tatentschlusses

博士後期課程 公法学専攻 2017年度入学

尾 棹 司

OSAO Tsukasa

#### 【論文要旨】

本稿は、共同正犯の諸問題について近時活発に議論されるようになっている「共謀の射程」論について、その理論的な位置づけをめぐる問題に焦点を当てて検討する。具体的な方法として、まず「共謀の射程」論についての諸見解を概観し、それらがこの議論を共同正犯における心理的因果性の問題に位置づけており、共謀の射程という概念が、当該因果性が共同「正犯」としての責任を関与者に帰責し得るだけの実質を備えたものであるかどうかを絞る概念として用いられていることを確認する。そして、このような理解を前提に、「共謀の射程」論で取り扱われる問題について従来の議論とどのような関係にあるのかについて検討を加える。とりわけ、共犯の過剰の問題や共犯関係の解消の問題についての議論を整理した上で、これらの問題に共謀の射程という概念を用いることで、それぞれにおいて問題となる関与者の罪責の検討プロセスがより明確になり、ここに「共謀の射程」論を検討する意義が認められることを論じる。

【キーワード】 共謀の射程、共同正犯、心理的因果性、共犯の過剰、共犯関係の解消

#### 【目次】

- I. はじめに
- II. 「共謀の射程」論の概観
- III. 従来の議論との関係
- IV. おわりに

## I. はじめに

共同正犯の諸問題において、近時、「共謀の射程」という視角からの検討が活発になされるようになって<sup>1</sup>。一般に「共謀の射程」論とは、共同正犯において「当該実行行為が『共謀に基づいて』行われたといえるのかという問題である」との定義の下<sup>2</sup>、具体的には、実行行為を担当する者が関与者間で成立した当初の共謀の内容を逸脱する行為ないしそれを超えるような過剰行為を行い法益侵害結果を惹起する場合や、犯罪の遂行過程で関与者の一部の者が現場から離脱した後、残余の者（ら）が法益侵害結果を惹起した場合に、当該法益侵害結果について、逸脱・過剰行為を行わなかった者<sup>3</sup>や現場から離脱した者にその責任を問うことができるのかが検討されているのである。

複数人が各自で役割を分担し、法益侵害結果を共同して惹起するという関与類型である共同正犯<sup>4</sup>では、従来から関与者間において意思の連絡（共謀）があることが要求されている。しかし、そもそもこの意思の連絡が存在することによって、それが共同正犯の成立要件にどのように影響するのか（共犯の因果性、共同正犯の故意、共同正犯に固有の問題である共同正犯性）については議論の一致を見ていないから<sup>5</sup>、「共謀」の射程と一口に言ってみてもそれがどの要件との関係で論じられるのか（「何の」射程の問題として理解されるのか）は論者により様々である。

---

<sup>1</sup> この問題を取り扱った先行研究として、十河太郎「共謀の射程について」川端博他編『理論刑法学の探究③』（成文堂、2010年）73頁以下、同「共謀の射程と量的過剰防衛」川端博古稀『川端博先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）705頁以下、同「共謀の射程と共同正犯関係の解消」同法67巻4号（2015年）369頁以下、橋爪隆「共謀の限界について―共謀の射程・共謀関係の解消―」刑法53巻2号（2013年）295頁以下、同「共謀の意義について(1)」法教412号（2015年）123頁、同「共同正犯をめぐる問題(4)―共謀の射程について」警論70巻10号（2017年）160頁以下、鈴木彰雄「共謀共同正犯における『共謀の射程』について」立石二六古稀『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）509頁、仲道祐樹「共謀による義務づけと共謀の射程」高橋則夫他編『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）241頁以下、亀井源太郎「『共謀の射程』について」都法56巻1号（2015年）421頁以下、成瀬幸典「共謀の射程について」刑ジャ44号（2015年）10頁以下、水落伸介「共謀の射程について」中大院44号（2015年）161頁以下、樋笠堯士「共謀の射程の判断―行為計画に基づいた故意―」中大院45号（2016年）203頁以下、内海朋子「共謀の射程論における行為計画に関する一考察」山中敬一古稀『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2017年）647頁以下、照沼亮介「いわゆる『共謀の射程』と『教唆の射程』」増田豊古稀『市民的自由のための市民的熟議と刑事法』（勁草書房、2018年）199頁以下などがある。

<sup>2</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程について」76頁。また、橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」129頁は、「『共謀の射程』論とは、共同正犯が共謀に基づく構成要件の共同実現であることから、共謀を遂げた者は、実行担当者による結果惹起が『共謀に基づくもの』と評価される場合に限って共同正犯としての罪責を負うという理解である」とする。

<sup>3</sup> これについては、当該現場には同行していたが、そのような逸脱・過剰行為を行わなかった実行共同正犯、および謀議行為のみに参加し、実行行為は担当しなかった共謀共同正犯の両者を含むうる。

<sup>4</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）370頁、山口厚『刑法総論 第3版』（有斐閣、2016年）306頁。

このことを言い換えるならば、次のようになる。すなわち、「共謀の射程」論について上記のような定義づけ自体は共有されつつも、以下で見るように、①果たしてこの議論が共同正犯の成立要件のいずれに位置づけられるのか（「共謀の射程」論の位置づけの問題）、②共謀の「射程内」かどうかの判断基準をどのように設定するか（判断基準の問題）について、実際にはさまざまな論者から多様な主張がなされているのが現状である。一部の論者からは、『共謀の射程』は講学上の概念に過ぎないから、その内実をどのように定めようと直ちに論理的に誤りということはない」という記述すら見られる<sup>6</sup>。しかし、事案の統一的な解決のためには理論の精緻化がなされなければならないのは言うまでもないであろう<sup>7</sup>。

このような現状に鑑み、本稿では「共謀の射程」という議論の整理を試みる。そのため、まず「共謀の射程」論に関する現在の学説状況を概観し（Ⅱ章）、次に「共謀の射程」論の下で検討されている具体的な諸問題と、それらの問題をめぐり交わされていた従来の議論との関係はどのようなものか、「共謀の射程」という概念を用いることの意義とは何かを検討する（Ⅲ章）。このような作業を通じて、「共謀の射程」論の位置づけを明らかにすることを目的とする<sup>8</sup>。

## Ⅱ．「共謀の射程」論の概観

### 1. 「共謀の射程」論の議論状況

「共謀」という概念は様々な意味で用いられるが、現在では共同正犯の個々の成立要件（①因果性、②故意、③正犯性）に整理される<sup>9</sup>。このことから、共謀の射程という概念においても、これを(1)①の要件に限定して議論する立場と、(2)①～③を含めた形で議論する立場とに見解が分かれるとされ、(1)の立場には、橋爪隆、照沼亮介、成瀬幸典の見解が、(2)の立場には、十河太郎、鈴木彰

<sup>5</sup> 「共謀」という概念が、現在では共同正犯の個々の成立要件（①因果性、②故意、③正犯性）に整理されて議論されている。この点については、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」町野朔古稀『刑事法・医事法の新たな展開〔上巻〕』（信山社、2014年）243頁以下、松原芳博「共同正犯をめぐる議論の概観」刑法53巻2号（2014年）263頁。なお、このような整理に反対し、「共謀」に固有の位置づけを与えようとするものとして、樋口亮介「実行行為概念について」西田典之献呈『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）45頁。

<sup>6</sup> 亀井・前掲注(1)431頁。さらに、橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」130頁も同旨であると思われる。

<sup>7</sup> 亀井・前掲注(1)431頁は、先に本文で引用した叙述に続ける形で、以下のように述べる。すなわち、「もっとも、『共謀の射程』論がいかなる問題かについての理解が統一されなければ、『共謀の射程』論を精緻化し、『共謀の射程』という概念による事案解決を精緻化することも難しい」ため、この概念の位置づけについては、検討されるべき問題であるとする。本稿もこのような問題意識と軌を一にするものである。

<sup>8</sup> この問題を扱う論稿の多くは、本文で挙げたように、①「共謀の射程」論の位置づけの問題に加え、②判断基準の問題についても論じているが、本稿の検討対象は①に限られる。それは筆者が現在のところ本文で述べたような問題意識をもっていることや、②に至るためには①の点に関する分析が不可欠であることがその理由である。

<sup>9</sup> 照沼・前掲注(5)243頁以下、松原・前掲注(5)263頁。さらに、橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」127頁以下は、「共謀」の存否における議論の下でそれぞれ理論的に異なる本文①～③の問題が議論されてきたことを指摘する。

夫の見解が対応するものとされる<sup>10</sup>。そこで本稿においても、各論者の主張する「共謀の射程」論を概観するにあたり、さしあたりこの分類に従って検討していく。

## (1)「因果性」に位置づける見解

### (a)橋爪説

橋爪説の主張は、大要以下のようなものである。

すなわち、「共謀の射程」という概念においては、①故意の存否、②心理的因果性の限界、③正犯性の限界という3つの異なる問題領域が複合的に取り扱われてきたが、これらは理論的に別内容の問題であるためその区別を十分に意識することが肝要であり、「共謀の射程を『共謀に基づく』結果惹起を把握する概念として理解するのであれば、これを、②共謀による心理的因果性の射程を画する概念として位置づけることが適当である」とする<sup>11</sup>。この点、この問題を相互利用補充関係の及ぶ範囲として位置づける見解につき理解を示しながらも、「②の観点から広義の共犯の成立が否定されて不可罰となる場合と、③の観点から正犯性が否定されて狭義の共犯の成立が認められる場合は、全く事情も異なるのであるから、両者を『共謀の射程』という概念のもとで一括して論ずるよりも、別々の概念として整理した方が適切である」し、また、「共謀の射程」を否定したと思われる判例・裁判例においては、当該結果惹起について被告人は不可罰との結論を導いている。このことから、「共謀の射程」論については『共謀の射程』が及ばない場合、結果に対する因果性が欠ける以上、関与者は当該結果について（広義の共犯として）およそ責任を負わない」という、心理的因果性の及ぶ範囲の問題として位置づけている<sup>12</sup>。

そして、因果関係を実行行為の危険の現実化として理解する立場から、「共謀の心理的因果性についても、共謀の危険の現実化として実行担当者の行為が行われ、結果が発生した関係が必要」であるが、これは実質的には「実行担当者の犯行が共謀の影響によって誘発されうる行為と評価することができれば、共謀の危険実現を肯定することができる」とする<sup>13</sup>。この点、共謀の危険が現実化したかどうかは個別の事案ごとの判断にならざるを得ないが、一応の判断基準としては①当事者間の意思連絡の内容と②実行担当者の動機の同一性・連続性を挙げつつ、より決定的であるのは②

<sup>10</sup> 学説の分類については、照沼・前掲注(1)201頁、橋爪・前掲注(1)「共同正犯をめぐる問題(4)」163頁以下を参考にした。さらに、鈴木説について、同説が共同意思主体説の立場から、共同意思主体の形成の土台として共謀を要求する点を考慮し、(2)の立場に分類した。

<sup>11</sup> 橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」129頁。

<sup>12</sup> 橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」130頁。

<sup>13</sup> 橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」130頁。この点について、橋爪説は、常に犯罪が計画通りに進んでいくわけではないことを考慮し（例えば、犯罪遂行過程で何らかの障害が発生するような場合）、たとえ実行担当者が共謀の具体的内容とは異なるような行為態様を取ったとしても、このような齟齬が共謀内容実現のための変更であると評価される範囲であれば、当該行為はなお共謀の射程内に含まれると評価しうる（橋爪・前掲注(1)「共同正犯をめぐる問題(4)」166頁）。

の要素であるとする<sup>14</sup>。

このように、橋爪説は「共謀の射程」論を共同正犯における心理的因果性の問題と位置づけ、共謀の射程という概念を『『共謀に基づく』結果惹起を把握する』概念として理解する。そして、共謀の射程の判断基準として掲げられるのは主観的な要素に限定している。また、心理的因果性の内実についても共同正犯と狭義の共犯で異なるものではなく、教唆犯、幫助犯についても『『教唆の射程』、『幫助の射程』として、関与行為の心理的因果性の範囲が問題とされることになる』とし<sup>15</sup>、同様の問題が生じうるとする。

#### (b)成瀬説

成瀬幸典は共謀の射程論の位置づけについて、共犯の過剰の問題を念頭に置きつつ以下のように述べる。すなわち、「共謀の射程の問題は、——共犯関係における錯誤の問題に論理的に先行する——『逸脱行為・過剰行為の共謀への客観的帰属(共謀と逸脱行為・過剰行為の間の法的因果関係)』に関する問題」であるとする。その根拠は、「単独犯における錯誤論は、実現された客観的事態・結果が行為者の『実行行為に基づくもの』と認められることを前提にして、当該事態が該当する犯罪(構成要件)に関する故意責任を認めることができるか否かを問うものであるから、単独犯の錯誤論を共犯の特質を踏まえて応用すれば足りると解されている共犯関係における錯誤についても、逸脱行為・過剰行為が『共謀に基づくもの』といえることが前提となると考えられるから」であるとする<sup>16</sup>。

また、共謀の射程の判断基準について、「逸脱行為・過剰行為の当初の共謀への帰属の可否」は、「共謀と逸脱行為・過剰行為の間の心理的因果性という観点から考察すべき」とする<sup>17</sup>。この点については上述の橋爪説と同様であるが、同説が掲げる基準で判断可能なのは「逸脱行為・過剰行為の共謀への『共犯』としての帰属」に過ぎず、共謀の射程論においては、当該諸行為を他の共犯者に「共同『正犯』として帰属する」ことができるかが問題になるのであるから、「共謀と逸脱行為・過剰行為との心理的因果性の有無だけではなく、それが『正犯性』を基礎づけうる実質を備えているか否かも検討されなくてはならない」と指摘する<sup>18</sup>。

そして、そのような「正犯としての帰属を認めるために必要な、共謀と逸脱行為・過剰行為の間

<sup>14</sup> 橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」130-131頁。さらに、共謀の射程が「共謀がいかなる行為を誘発し、いかなる事態に発展するのが一般的かという観点から判断される」ため、共同正犯者の一部にとって「故意が及んでいない結果惹起であっても、共謀の危険実現と評価される場合は当然に考えられる」ことから、故意の存否の問題とは無関係であるとする。

<sup>15</sup> 橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」130頁。

<sup>16</sup> 成瀬・前掲注(1)11-12頁。このことから、成瀬は「共犯者の逸脱行為・過剰行為が共謀に基づくものではないと判断された場合、共犯関係における錯誤の問題に立ち入るまでもなく、当該行為が他の共犯者に共同正犯として帰責されることはない」ことを確認する。

<sup>17</sup> 成瀬・前掲注(1)12頁。

<sup>18</sup> 成瀬・前掲注(1)12-13頁。

の心理的因果性に備わっていなければならない実質」を判断する際には、共同正犯の本質論に関する理解を用いるべきことを主張する。この点について、「(部分的) 犯罪共同説の立場からは、共同正犯の本質は、数人一罪と評価できる実体、すなわち、共謀関係（特定の犯罪をそれぞれの役割に応じて共同して遂行するという意思連絡を基礎に形成された共犯者相互の利用補充関係）に求められ」ることから、逸脱・過剰な行為を他の共犯者に共同正犯として帰属するためには、当該行為についても上記のような「共犯者相互の利用補充関係」が認められる必要がある。しかし、そういった逸脱・過剰行為について具体的な意思連絡がないため、当該行為についての「予見可能性が存在し、かつ、当初の共謀の形成動機・目的と逸脱行為・過剰行為の動機・目的の間に同一性・連続性が認められる場合」に、逸脱・過剰行為にも上記の関係を肯定しようとする<sup>19</sup>。

以上のように成瀬説は、「共謀の射程」論を共犯における心理的因果性の問題に位置づける。そして、この見解について特に注目されるのは、広義の共犯一般について心理的因果性が要求されることは前提にしつつも、共同正犯が「正犯」として処罰されることへの考慮から、共謀の射程という概念は心理的因果性の内容について、これが正犯としての帰属を可能にするような実質を備えるものかどうかを把握する概念として用いられるべきことを主張しており、この点が橋爪説とは異なるように思われる。

#### (c)照沼説

照沼亮介は、共同正犯において意思連絡に由来する心理的因果性の問題と故意の問題とは別個に検討すべきとの前提から、共謀の射程の問題は広義の共犯に共通する心理的因果性の問題に位置づけるが、その際、次のような留保が必要であるとする<sup>20</sup>。すなわち、この問題を心理的因果性に位置づける立場からは、共謀の射程を測定する基準について「直接実行者の側における動機の同一性・連続性・継続性の有無、裏返して言えば動機の刷新・更新・変更の存否が重視される傾向がある」が<sup>21</sup>、「共同正犯における『意思連絡』は、単に心理的因果性を基礎付けるに過ぎないものではないように思われ、その点を踏まえた理論的な位置づけの整理が必要」であり、また、「共同正犯における結果帰属の構造それ自体により立ち入って検討する必要がある」とする<sup>22</sup>。

そして刑法第60条には(A)因果性を拡張する機能と(B)正犯性を拡張する機能が認められるところ、「これら双方の前提として要求される要件は、『双方向的な意思の連絡』である」とし、共犯者

<sup>19</sup> 成瀬・前掲注(1)13頁。さらに、本文で述べたような仕方では共謀の射程を検討する前提として、共謀時に具体的・明示的に意思連絡のなかった行為についての黙示の意思連絡が肯定しえないことが確認されていないと指摘する。

<sup>20</sup> 照沼・前掲注(1)201-202頁。

<sup>21</sup> 照沼・前掲注(1)201頁。

<sup>22</sup> 照沼・前掲注(1)202頁。後者の点については、「何らかの事実的影響さえ残存しているならば（例えば、当初実行者に与えた動機の点で連続性さえ存在しているならば）それだけで直ちに「射程内」の結果と評価されるわけではないと考えられる」からであるとする。

の一部が事前に合意された範疇を超えた行為を行い、当初想定していなかった事態が実現されたような場合には、(A)の見地から「共同正犯における結果帰属ができない場合」と、(B)の見地から「共同正犯としての正犯性が肯定できない場合」とが考えられることになる<sup>23</sup>。そして、(A)の見地を突き詰めるならば、「共同正犯としての結果帰属が不可能であっても『教唆犯としてであれば結果帰属できる』余地が残っている」とする。すなわち、共犯の因果性を「促進関係」として捉える点は狭義の共犯と異ならないため、因果性自体の「本質的な属性」は共通であるとし、ただ「従来はそこから直ちに、結果帰属が肯定される範囲についてもどの関与類型であれ変わらないと漠然と考えられていた」と指摘し、「各類型の不法の性質、構造の差異に対応して、結果帰属の範囲が結論的に異なってくることもあり得る」と主張するのである<sup>24</sup>。

照沼説は、共謀の射程を心理的因果性の問題と位置付け、共犯の因果性について、共同正犯における因果性は狭義の共犯と同様に心理的因果性にあるとしつつも、「共同正犯としての結果帰属を可能とする」程度の関係がそれに存在することを確認すべきであるとする点については、上述の成瀬説と同様の問題意識に基づいたものであるといえよう。

#### (d)小括

以上、共謀の射程論を共同正犯の成立要件である心理的因果性に位置づける見解を概観した。ここでは、共犯の因果性としての心理的因果性の把握の相違を指摘することができる。

すなわち、いずれの見解も心理的因果性が広義の共犯一般に要求される因果性の内容であるとする点は共通しているが<sup>25</sup>、成瀬説並びに照沼説は、共同正犯における心理的因果性の内容を「共同正犯としての結果帰属を可能とする」程度の質をもったものであることを要求しており、このことを限界付ける概念として、共謀の射程という概念を用いるべきことを主張している<sup>26</sup>。共同正犯における心理的因果性をこのように解した場合、以下のような事態が生じる点が橋爪説とは異なるだろう。すなわち、心理的因果性の検討の段階において、「共同正犯としての結果帰属もできる場合」と「共同正犯としては結果帰属ができないが、狭義の共犯としてであれば結果帰属が可能である場合」の二つのパターンが生じることになる<sup>27</sup>。たしかに、共同正犯においては、狭義の共犯とは異なり、関与者間における双方向的な意思連絡が要求され、それが肯定される場合に限りその成立が

---

<sup>23</sup> 照沼・前掲注(1)203頁。

<sup>24</sup> 照沼・前掲注(1)203-204頁。

<sup>25</sup> 照沼・前掲注(1)202頁、成瀬・前掲注(1)11-12頁、橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」129頁。

<sup>26</sup> 照沼・前掲注(1)203-204頁、成瀬・前掲注(1)13頁。ただし、成瀬は橋爪説につき、同見解が共謀の射程の判断基準として共謀の危険が現実化したかどうかを挙げつつも主観的な要素を重視している点を、本文において触れたように「『共謀』という概念の本質から動機等の主観面が重視されることは理解できるものの—客観的な事情も重要な判断資料となりうるはず」と指摘しつつ、橋爪説の背後には「実際には、正犯としての帰属（を基礎付ける共謀の実質）をも視野に入れて、心理的因果性の問題を検討しているように思われる」と評している。

<sup>27</sup> 照沼・前掲注(1)203頁、成瀬・前掲注(1)13頁。なお、橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」130頁。

認められるという違いがあるから<sup>28</sup>、それを根拠として心理的因果性の実質にある程度の限定をかける発想自体はあり得るものといえよう。

## (2)因果性に限定せずに議論する見解

### (a)十河説

十河説の主張は、大要以下のようなものである。

すなわち、共同正犯の成立においては、共謀と実行行為および結果との間に因果関係があることが不可欠であるが、「そうした因果関係の存在だけで共同正犯の成立が肯定されるわけではない」。共同正犯は、「二人以上の者が相互に利用し補充し合って結果を実現する点に本質があるのであるから、共謀と因果関係を有する結果のうち、相互利用補充関係に基づいて実現されたといえるものについてのみ」成立する。そしてこの相互利用補充関係は共謀によって基礎づけられるので、共同正犯の成立を肯定するためには、「実行行為が当初の共謀に基づいて行われた」といえなければならぬ<sup>29</sup>。

この点、ある行為により生じた結果が共謀の射程内にあるかどうかの判断基準については、当初の共謀とは別の新たな共謀ないし犯意に基づいているかで判断されるが<sup>30</sup>、この相互利用補充関係とは「物理的および心理的なそれをいうから、新たな共謀ないし犯意に基づいて実行行為がなされたかどうかを確定する際にも、客観的な事情および主観的な事情の両面から総合的に判断する必要がある」とされる<sup>31</sup>。

そして、そのような①客観的な事情と②主観的な事情として掲げる具体的考慮要素については、問題となる事例によって異なっている。まず共犯の過剰が問題となる事例については、①について a. 従前の共犯行為の寄与度・影響力、b. 当初の共謀と実行行為の内容との共通性（被害者の同一性、行為態様の類似性、侵害法益の同質性、随伴性など）、c. 当初の共謀による行為と過剰事実を惹起した行為との関連性（機会の同一性、時間的・場所的近接性など）、d. 過剰結果を惹起した行為への関与の程度、そして②について a. 犯意の単一性・継続性、b. 動機・目的の共通性、c. 過剰結果の予測可能性の程度などを考慮すべきとする<sup>32</sup>。その一方で共同正犯関係の解消が問題となる事例については、①について a. 従前の共犯行為の寄与度・影響力とその除去、b. 当初の共謀と実

<sup>28</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）361頁では、共同正犯に要求される因果性について、それが他人を通じた結果との因果性ということにならざるを得ないことから、その本質は心理的因果関係にあるとしつつも、共同者 X が共同正犯として処罰される際の因果関係の判定においては、「①X 個人の行為が、合意形成に因果性をもったことと、②合意にもとづき実行者による結果行為（結果を直接に生じさせる行為）が行われたことという2段階の因果関係が必要である」とする。

<sup>29</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程と量的過剰防衛」721頁。

<sup>30</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程について」98-99頁。

<sup>31</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程について」101頁。

<sup>32</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程について」101頁以下。



行行為との関連性、そして②について a. 犯意の断絶、共同犯行の意識の消滅・減退、b. 動機・目的の変更などを考慮すべきとする<sup>33</sup>。このような諸要素を判断基準とし、当初の共謀による相互利用補充関係に基づいた結果惹起といえない場合には、当該結果惹起との関係では共同正犯の成立が否定されることになる<sup>34</sup>。

このように、十河説は「共謀の射程」という概念を共同正犯にのみ妥当するものと位置付け、共同正犯が相互利用補充関係を本質として成立するものであることから出発する。そして、ある犯罪を共同して遂行した関与者の共同正犯の成立範囲は、当初の共謀の範囲内でのみ上述の関係が認められるために、「共謀の射程」外の行為については共同正犯の成立が肯定されないことを導いている。

#### (b) 鈴木説

鈴木彰雄はドイツの議論を参照しつつ、ドイツ刑法25条2項によって共同正犯が成立するためには、「主観的には『共同の決意 (Tatentschluß)』ないし『共同の計画 (Tatplan)』が必要であり、客観的には『共同の構成要件実現』ないし『共同の実行』が必要」であるところ、この「共同の決意」ないし「共同の計画」とは、「ある行為を共同して、すなわち対等な立場にある仲間として (als gleichberechtigter Partner) 分業的に実行する決意」を指し、この「共同の計画」外の行為 (例えばある関与者の過剰な行為) については共同正犯の成立が否定されることになる<sup>35</sup>。このことから、「共同の計画」が「共同正犯を基礎づけるとともにこれを限定する機能をもつ」といえ、この議論を「共謀の射程」の問題に当てはめることができるとする<sup>36</sup>。

そしてこのような理解を前提にした共謀共同正犯の成立要件については、共同意思主体説の立場から「①主観と客観を総合した『共謀』により共同意思主体が形成されること、および、②その活動として現に実行行為が行われること」であるとし<sup>37</sup>、「『共謀』が認められるためには、少なくと

<sup>33</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程と共同正犯関係の解消」399頁。

<sup>34</sup> さらに量的過剰防衛が問題となる事例については、①a. 離脱前の行為の寄与度・影響力とその除去、b. 当初の共謀と離脱後の行為との関連性、法益侵害の量・程度の変更、行為態様・行為状況の相違、時間的・場所的離隔、②a. 犯意の断絶、共同犯行の意識の消滅・減退、b. 動機・目的の変更などを考慮すべきとする。この点については、十河・前掲注(1)「共謀の射程と量的過剰防衛」721-722頁を参照。

<sup>35</sup> 鈴木・前掲注(1)514頁。さらに、「『共同の計画』と『共同の実行』の間に齟齬が生じた場合」につきその同一性を判断する基準については、学説の多くが「共犯の中止未遂に関する規定 (ドイツ刑法二四条二項二文) を類推適用して、『行為が…その者の以前の行為への加功とは関係なく遂行された』か否かを問題にする」としている (ただし、「関係なく遂行された」といえるかどうかの判断基準について種々の見解が主張されている点も併せて指摘している)。

<sup>36</sup> 鈴木・前掲注(1)515頁。

<sup>37</sup> ①の「主観と客観を総合した『共謀』」という部分について、鈴木・前掲注(1)516-517頁は、「そもそも客観的構成要件の『客観的』とは、ヴェルツェル (Welzel) がいうように、主観と異質な『客観』ではなく、客観化されたものという意味の『客観』である」とし、したがって、「犯罪の実質的な基礎は『外部的行為における意思の客観化』であるという理解を前提に、『共謀は共同正犯の主観的要件にとどまるのではなく、共同犯行の認識の形成という客観的要件』であるとしている。

も『相互に犯罪の実行に重要な役割を一体となって行おうという、行為者間の対等関係における意思連絡』がなければならない」とする<sup>38</sup>。

鈴木説は共同意思主体説の立場から、共同正犯を基礎づける共同意思主体の形成の基礎となる「共謀」の認定を厳格に行い、ある関与者の行為が当初の共謀を超える過剰な行為である場合には、その行為は共同意思主体の行為ではないと判断されることになるとする。

### (c)小括

共謀の射程論に関する議論を因果性に限定せずに議論する見解を概観した。ここでもいくつかの点を指摘して、議論状況の整理を行っておきたい。

まず十河説は、共謀の射程という概念を、共同正犯が相互利用補充関係を本質として成立するものであるとの理解と関連させることから出発する。そしてこのことから、行為者に共同正犯が成立する範囲は、上述の関係が認められる当初の共謀の範囲内に限られる、すなわち一部の関与者がなした「共謀の射程」外の行為については「相互利用補充関係」を超えたところでなされたものであると考えられるため、当該行為に基づく結果については他の関与者につき共同正犯の成立を肯定し得ないという<sup>39</sup>。

この十河説の主張は、一般に共同正犯における共同正犯性の問題として理解されている<sup>40</sup>。しかし、十河説の主張する「相互利用補充関係」とは、上述のように「物理的および心理的なそれを行う」とし<sup>41</sup>、共同正犯は、「二人以上の者が相互に利用し補充し合って結果を実現する点に本質があるのであるから、共謀と因果関係を有する結果のうち、相互利用補充関係に基づいて実現されたといえるものについてのみ」成立するものとされる<sup>42</sup>。このことから、十河説の主張はむしろ、共犯一般に要求される心理的因果性を、共謀に基づく相互利用補充関係が認められる範囲で限定する見解と理解することもできるように思われる。すなわち、十河説の主張について重点が置かれるべきなのは、共犯に関する心理的因果性につき、これが広義の共犯一般に必要とされるものであるとしつつも、共同正犯においては関与者が互いの行為を利用・補充することができる行為の範囲が当初の共謀に限定されるために、その関係が認められる範囲での因果性しか共同正犯としての行為帰

<sup>38</sup> 鈴木・前掲注(1)517頁。この意思連絡の程度に関しては、「単なる意思の連絡ないし他人の犯行の認識・認識では足りず、『自己の犯罪』の意識ともいえるべき、より積極的な意思が必要になる」とし、その認定に関しては、「実行行為者との主従等の関係、犯行の動機、犯行に対する積極性、犯罪の結果に対する利害関係、犯罪の準備段階および犯行後の犯跡隠蔽・利益分配等において果たした役割等の事情を総合的に検討しなければならない」とする。

<sup>39</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程について」98-99頁。

<sup>40</sup> 照沼・前掲注(1)202頁、橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」129-130頁、同・前掲注(1)「共同正犯をめぐる問題(4)」165頁など。

<sup>41</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程について」101頁。

<sup>42</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程と量的過剰防衛」721頁。

属ひいては結果帰属を肯定することができないと主張するものとも理解できるのである<sup>43</sup>。

十河説をこのように理解する場合、共謀の射程論における学説の位置づけとして、同見解は共同正犯における共同正犯性にのみ関わる議論としてだけでなく、共同正犯における因果性にも関わる議論として位置づけるものと理解できる<sup>44</sup>。

また、鈴木説は共謀の内容を行為者間の「共同の計画」として具体化し、その計画の範囲内にある行為についてのみ共謀の射程を認める点は注目すべきである。この点、これが共同意思主体の形成の基本的部分に関わる問題であることから、同見解は共謀の射程を共同正犯の共同正犯性との関連で議論しているものと思われる。ただ、共謀の内容を具体化し、「共同の計画」内でのみこれを射程内とする見地は、共謀の射程を心理的因果性の問題として捉えた場合でも、有益な示唆となると思われる。

## 2. 「共謀の射程」という概念

以上、「共謀の射程」論に関する学説を概観した。その結果、この問題に関する現在の学説状況としては、(十河説を上記のように理解する場合には)「共謀の射程」論を、共犯における心理的因果性の問題として位置づける見解が有力である<sup>45</sup>。そして、「共謀の射程」論をこのように理解する立場においても、共謀の射程という概念を、心理的因果性を実質化し、共同正犯の心理的因果性を限界づける概念として理解する立場が有力になりつつあるといえるだろう。

共同正犯においては狭義の共犯と異なり、関与者間における双方向的な意思連絡がない場合には成立しないとされており、この点に着目するならば、これを根拠として共犯の因果性の内部においても「共同正犯」としての因果性を問題とすることも可能であるように思われる<sup>46</sup>。

このことから、本稿は「共謀の射程」論を共犯における心理的因果性の問題と位置づけた上で、共謀の射程という概念を、共同正犯としての結果帰属を可能とする程度に共犯の因果性を限定する

<sup>43</sup> この点について成瀬・前掲注(1)13頁は、十河説の主眼が、ある関与者の共犯行為に基づく心理的因果性が結果発生時まで維持されているために、共犯としての帰属が否定されないような場合でも、「当初の共謀に基づくものとはいえなければ、逸脱行為・過剰行為を他の共犯者に共同『正犯』として帰属することはできないことを示すことにあると推測され」とする。

<sup>44</sup> この点、松原芳博「共謀共同正犯論の現在」曹時63巻7号(2015年)12-13頁は、支配型の共謀共同正犯において、心理的因果性の他に共同正犯性の要件として合意の拘束力による意思支配を要求し、このことを前提として、共謀の射程論について因果性と共同正犯性に関わる議論に位置づける。さらに松原芳博『刑法総論 第2版』(日本評論社、2017年)437頁以下を参照。

<sup>45</sup> 成瀬・前掲注(1)11頁は、共謀の射程が心理的因果性の問題であるとの認識が学説において浸透しているように思われるとする。

<sup>46</sup> 照沼・前掲注(1)203頁以下、成瀬・前掲注(1)12頁以下、井田・前掲注(28)361頁。さらに、伊藤嘉亮「共同正犯における意思連絡の要否と役割」早誌67巻2号(2017年)136頁以下は、共同正犯において意思連絡が要求される根拠を、共同正犯の「典型的な危険」に求める。共同正犯が双方向的な意思連絡により結びついた場合にのみその成立が認められると解した場合、これを共謀に基づく心理的因果性のレベルにおいても反映させることができるようにも思われ、注目される。

概念として把握することにし、次章以下では、このように把握された「共謀の射程」論と従来の学説の関係について検討することにする。

### Ⅲ．従来の議論との関係

現在では「共謀の射程」という視角から、共同正犯における以下のような問題が検討されている。すなわち、実行行為を担当する者が関与者間で成立した当初の共謀の内容を逸脱する行為ないしそれを超えるような過剰行為を行い法益侵害結果を惹起する場合や、犯罪の遂行過程で関与者の一部の者が現場から離脱した後、残余の者（ら）が法益侵害結果を惹起した場合である。しかし、これらの問題は従来の議論において、前者の場合は共犯の錯誤の問題の一つとして、後者の場合は共犯関係の解消の問題として議論されていた。

そのため以下では、まず従来の議論を概観し、その後これらと共謀の射程の概念との関係について確認することで、「共謀の射程」論の位置づけを検討することにする。

#### 1. 従来の問題処理

##### (1)共犯の錯誤

共同正犯者の一部の者が、他の共同正犯者との間でなした共謀の内容に照らし逸脱ないし過剰であると評価される行為を行い、より重大な法益侵害結果を惹起した場合、そのような行為を行っていない他の共同正犯者については、認識していた事態と現に生じた客観的事態との間に齟齬が生じることになる。この場合が「共犯の過剰」の問題であり<sup>47</sup>、従来から単独正犯における錯誤理論を応用する形で解決がなされてきた<sup>48</sup>。

そしてこの類型において特に問題となるのが、そのような錯誤が異なる構成要件間にまたがる場合である。例えば、XとYがAに対して暴行を加えることを共謀し、こもごもAに対し暴行を加えたが、Aの態度に立腹したYが殺意を生じ、ナイフでAを刺殺したというような場合に、X・Y間の罪責が問題となるのである<sup>49</sup>。ここでは共犯の本質論、すなわち犯罪共同説と行為共同説の対立が看取される<sup>50</sup>。

<sup>47</sup> 大塚仁他編『大コンメンタール刑法 第2版 第5巻〔第60条～第72条〕』（青林書院，1999年）422頁〔佐藤文哉執筆〕は、共同正犯者間で生ずる錯誤の類型の一つを「合意を成立させた甲乙の一方が、合意とは異なる行為（合意を超過する場合—これを『共犯の過剰』という—と合意より内輪である場合とがある）をした場合である」と整理し、後述の事例を共犯の過剰の一類型として挙げる。

<sup>48</sup> 葛原力三「共犯と錯誤」西田典之他編『刑法の争点』（有斐閣，2007年）116-117頁、西田典之他編『注釈刑法 第1巻 総論 §§1～72』（有斐閣，2010年）870頁以下〔島田聡一郎執筆〕。

<sup>49</sup> その一方で、このような齟齬はそういった逸脱・過剰行為が同一構成要件内に留まる場合においても問題となり、これは共犯における具体的事実の錯誤の類型である。この点につき、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂，2010年）302頁以下。

### (a)共犯の本質論の現状

共犯の本質論に関する犯罪共同説及び行為共同説については、両説が細分化することで若干用語上の混乱が見られるところではあるが、亀井源太郎によれば以下のように整理される<sup>51</sup>。すなわち、これらの学説は、完全犯罪共同説、部分的犯罪共同説そして行為共同説に大きく分けられ、後二者についてはさらに、かたい部分的犯罪共同説とやわらかい部分的犯罪共同説、かたい行為共同説とやわらかい行為共同説とに分類しうる。そして、現在ではもっぱらやわらかい部分的犯罪共同説とやわらかい行為共同説とが支持を集めている<sup>52</sup>。

やわらかい部分的犯罪共同説とは「構成要件の重なり合う範囲内で共犯・共同正犯が成立とする見解」であるとされ<sup>53</sup>、上記の事例におけるX・Yの罪責については、一般に傷害罪と殺人罪の構成要件の重なり合いが認められる傷害（致死）罪の限度で共同正犯が成立し、Yについてはこれとは別に殺人罪の単独正犯の成立が肯定されることになる<sup>54</sup>。その一方でやわらかい行為共同説は、全く異なる行為の間にも共犯・共同正犯関係を肯定するのではなく、「一定の限度で行為共同の限界付けをしようとする見解」であり<sup>55</sup>、この見解からは上記の事例について、Xに傷害致死罪の共同正犯が成立し、Yには殺人罪の共同正犯が成立することになる<sup>56</sup>。

### (b)関与者間の故意の一致の要否

故意との関係でこれを敷衍すると次のようになる。すなわち、一方で、共犯の本質論において共犯が「犯罪」を共同すると考える立場（完全犯罪共同説）によれば、当該「犯罪」に対する故意責

<sup>50</sup> 橋本正博「犯罪共同説と行為共同説」西田典之他編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）98頁は、この対立について、「一個の犯罪事実に対して複数の者が関与する共犯現象において、共同されている対象、または共同を観念すべき対象（共同性を基礎付けるための核心）をどこに求めるかという問題」であるとする。さらにこの議論の射程の問題として、共同正犯固有の問題であるのか、広義の共犯一般についての問題であるのか争いがある。

<sup>51</sup> 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（弘文堂、2005年）18頁以下。

<sup>52</sup> 亀井・前掲注(51)24頁、46頁、52頁。その他の学説について亀井の分類によれば、まず完全犯罪共同説とは「共犯・共同正犯者が全く同一の犯罪について共働する場合にのみ共犯・共同正犯の成立を認める見解」であり、次にかたい部分的犯罪共同説とは「重い罪の共犯・共同正犯が成立し、軽い罪の犯意しかない者については刑法38条2項により刑のみ減輕される見解」であり、そしてかたい行為共同説とは「全く異なった行為の間にも共犯・共同正犯の成立を認める見解」であるとする（亀井・前掲注(51)18頁）。完全犯罪共同説は共犯の成立範囲が著しく限定されたものになってしまう点で、かたい部分的犯罪共同説は罪名と科刑の分離を肯定する点で、そしてかたい行為共同説は共犯成立範囲がほぼ無限定となってしまう点で問題を抱える。

<sup>53</sup> 亀井・前掲注(51)18頁。

<sup>54</sup> 橋本正博『刑法総論』（新世社、2015年）255-256頁、井田良『講義刑法学・総論 第2版』（有斐閣、2018年）557頁、高橋則夫『刑法総論 第4版』（成文堂、2018年）446頁、512-513頁。なお、高橋は結果的加重犯と故意犯との共同正犯を否定するので、上記の事例でXには傷害罪が、Yには殺人既遂罪が成立するとする。

<sup>55</sup> 亀井・前掲注(51)18頁。

<sup>56</sup> 佐伯・前掲注(4)382頁、山口・前掲注(4)315頁以下、西田・前掲注(49)5頁以下、亀井・前掲注(51)45頁以下。

任を肯定するためには構成要件に加え関与者間の認識（故意）も一致していなければならない、各関与者の認識に齟齬が生じている場合、とりわけそのような認識が異なる構成要件間において生じている場合には、共同正犯の成立を肯定しえない。しかし、現在では各関与者間での認識についてそのような厳格な一致を要求することは堅持されておらず、実現された犯罪事実に異なる犯罪の構成要件として評価可能な部分が含まれるときにも共同正犯の成立を肯定する（やわらかい部分的犯罪共同説）。たしかに、我々は犯罪という客観的な事態を構成要件という規範的なフィルターを通して評価するのであるから、ある事実が複数の別の構成要件に共通して問題となる場面においては、「事実の一部を他の構成要件該当事実として評価する可能性は排除されない」ことになる<sup>57</sup>。

さらに、関与者の故意の問題については、以下のような解決がなされるのが一般的である。すなわち、単独犯における錯誤論においては、行為者が実際に生じさせた客観的な事態と行為者の認識していた事態に齟齬が生じている場合でも、両者が構成要件的に重なり合う限りで故意犯の成立を肯定することができる（法定的符合説<sup>58</sup>）。そして、この考え方を共犯論にも応用し、過剰・逸脱行為を行っていない関与者の一部の認識に齟齬が生じている場合であっても、その齟齬が「構成要件が重なり合う範囲」にあるならば当該関与者にも客観的な事態に対する故意を肯定することができる。そのため、実際に生じた客観的な事態（犯罪）について各関与者の故意を肯定することができるから、それら関与者を共同正犯として評価することができるというものである<sup>59</sup>。ただし、各関与者の責任非難においては各自の認識（故意）を超えることが許されないことから（刑法第38条2項）、各自の故意が重なり合う軽い限度で共同正犯が成立し、過剰部分については過剰部分に対応する故意を有していた行為者に別途単独犯が成立することになるとされているのである。

他方、共同正犯が「行為」を共同するものであると考える立場からは、関与者間にそのような「故意の一致」が認められることは、関与者らを共同正犯として評価する際に要求されない。なぜなら、各関与者間で互いの「行為」を利用しあって法益侵害結果を惹起する関係がまさに共同正犯として評価できると考えられるから、自己が利用する対象である相手方の「行為」について認識があればよく、それに対する各関与者が有する「意味合い（故意）」は異なっていてよいからである<sup>60</sup>。そのため、各関与者の故意に適う形で共同正犯が成立することになるのである。

やわらかい部分的犯罪共同説、やわらかい行為共同説のいずれの見解においても、上記のような

---

<sup>57</sup> 橋本・前掲注(50)99頁。

<sup>58</sup> 佐伯・前掲注(4)284頁、山口・前掲注(4)219頁、井田・前掲注(28)191頁、高橋・前掲注(54)204-205頁。

<sup>59</sup> 井田・前掲注(54)509頁は、「犯罪共同説は、複数者の行為が同一の犯罪に関わり、同一の犯罪をともに行おうとする合意があってはじめて共同正犯が成立すると考える」とする。この点、実際に生じた客観的な事態（事実）について、それが複数の別個の構成要件に該当する事態であるとしても、やわらかい部分的犯罪共同説の立場からは、なお「同一の犯罪に関わった」ものとして関与者らを共同正犯として評価する可能性を排除していないことになる。

<sup>60</sup> 西田・前掲注(49)6頁は、行為共同説につき「共犯とは、犯罪遂行の一つ的方法的類型に過ぎないとする見解」であり、この立場によれば「犯罪関与者相互の罪名の同一性や共通の犯罪的意思の存在などは共犯成立の絶対的要件とはならない」とする。

事例においてYの行為（過剰行為）からAの死亡結果が生じている場合には、Xには傷害致死罪の共同正犯の成立が肯定されることになる、XについてもAの死亡結果自体の帰属はなされることになる<sup>61</sup>。すなわち、共同正犯者の一部の者が、他の共同正犯者との間でなした共謀の内容に照らし逸脱ないし過剰であると評価される行為を行い、より重大な法益侵害結果を惹起した場合について、共犯の本質論における議論は、そのような行為を行っていない他の共同正犯者について、当該法益侵害結果が各関与者に帰属されるかどうかの問題ではなく、関与者らを「共同正犯」として評価できるかどうかという問題を巡って展開されてきたのである<sup>62</sup>。そのため、上述のような事例における共犯の過剰の問題での共犯の本質論の対立は、関与者らへの結果帰属の問題とは別次元の問題ということになる<sup>63</sup>。

## (2)共犯関係の解消

犯罪の遂行過程で関与者の一部の者が犯意を放棄して現場から離脱した後、残余の者（ら）が法益侵害結果を惹起した場合、離脱者はどの範囲で責任を負うのか。これが「共犯関係の解消」と呼ばれる問題である<sup>64</sup>。

### (a)現在の議論状況

従来、当該法益侵害結果が離脱者に帰属されるかどうかは、当該離脱が実行の着手の前後いずれの時点で行われたかをまず確定した上で、離脱者についてそれぞれの場面において要求される共犯

---

<sup>61</sup> なお、高橋・前掲注(54)446頁も併せて参照。

<sup>62</sup> この問題に関するリーディングケースとして最決昭和54年4月13日（刑集33巻3号179頁）が頻繁に参照される。事案は、暴力団組長であるXとその組員である被告人ら7名が、組の資金源であった風俗店に対し強硬な立入調査をした巡査Aに対する報復のため、Aに対する暴行、傷害を順次に共謀し、Aの勤務する派出所の前においてAに罵声を浴びせていたところ、これに対するAの応答にXが激昂し未必の殺意をもって小刀でAの下腹部を一回突き刺し、もって失血死させたというものであった。最高裁は殺意のなかった被告人については、「殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立する」と判示しているが、傷害の故意しか有していない被告人らにもAの死亡という結果自体は帰属されている。

<sup>63</sup> この点を指摘するものとして、成瀬・前掲注(1)11頁、橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」131頁等。さらに、十河・前掲注(1)「共謀の射程について」76-77頁は、このような問題意識から、共謀の射程の問題を議論すべきことを主張していた。

<sup>64</sup> この問題に関する先行研究として、王昭武「共犯関係からの離脱」同法58巻1号（2006年）181頁以下、今井猛嘉「共犯関係からの離脱」西田典之他編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）118-119頁、島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修741号（2010年）3頁以下、山中敬一「共謀関係からの離脱」立石二六古稀『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）539頁、塩見淳「共犯関係からの離脱」法教387号（2012年）94頁以下、橋爪隆「共犯関係の解消について」法教414号（2015年）98頁以下、原口伸夫「共犯からの離脱，共犯関係の解消」新報121巻11＝12号199頁以下など。なお、橋爪はこの問題を議論する際の表現上の注意として、「犯行から抜けようとする事実的な行為を『離脱』と表現し、その行為によって法的にもそれ以降の行為について責任を負わない状態を『共犯関係の解消』と呼ぶ」とする（橋爪・前掲論文98頁）。本稿もこのような表現法に従う。

関係「解消」のための要件を充足したかが検討されていた<sup>65</sup>。離脱者が犯罪の実行の着手「前」に離脱しようとする場合においては、①他の共犯者への離脱意思の表明並びに②それに対する了承が要件とされ、離脱者が犯罪の実行の着手「後」に離脱しようとする場合においては、前記①②の要件に加え、③結果防止措置が要求されていた<sup>66</sup>。

しかし、離脱者が残余の者との間で共犯として処罰されるかが問題となる場面が共犯関係の解消の問題であるから、その検討の際には共犯の処罰根拠についての観点が重要なものとなる。この点、共犯の処罰根拠についての議論が深化し、今日においては因果的共犯論が通説となっている。同説は、共犯処罰の根拠を共犯者の行為が結果と因果性をもつに至った点に求めるものであるから、離脱を認めるためにより本質的であるのは、離脱者が離脱する前になした行為による結果への因果的な寄与を除去したか否かという点である。このことは実行の着手の前後で変わることはないだろう<sup>67</sup>。このような形で離脱前の行為の因果性が遮断されたといえれば、離脱者の離脱後に他の関与者らが惹起した法益侵害結果を理由として離脱者を処罰することはできないことになる。現在ではこのような理解に基づく因果性遮断説が通説となっている<sup>68</sup>。このような因果性遮断説の発想は、共犯の処罰根拠が広義の共犯一般に妥当するものであることから、共同正犯においても妥当するものであるといえる。以下では共犯関係の解消のうち、共同正犯者が犯罪遂行途中で犯意を放棄して離脱し、その後残余者により惹起された結果帰属が争われる場合を念頭に検討を進める。

#### (b)因果性遮断についての規範的観点

上記のような因果性遮断説の考え方によれば、共犯関係の解消を認めるための要件として従前から挙げられていた要素は決定的な意味を持つものではなく、因果性の遮断を判断するための要素に過ぎないことになる。このような理解は、(裁)判例においても浸透しているものと見られている<sup>69</sup>。

例えば、最決平成元・6・26<sup>70</sup>は、XとYがAに対する傷害を共謀の上、AをY方に連行したうえ、こもごも暴行を加えていたところ、Xが「おれ帰る」と言って立ち去り、その後Y方に残されたままであったAに対しYがその後も暴行を続けた結果Aは死亡するに至ったが、Aの死亡結果がXがY方を立ち去る前になされたX、Yによる暴行に起因するものであるかは不明であったという事案において、「被告人(X)が帰った時点では、Yにおいてなお制裁を加えるおそれが

<sup>65</sup> 西田・前掲注(49)243頁以下、今井・前掲注(64)118-119頁。

<sup>66</sup> 以上の点については、佐藤・前掲注(47)409頁以下、島田・前掲注(48)860頁以下を参照。

<sup>67</sup> 共犯関係の解消を認めるためには自己の因果的寄与を除去しなければならないとする点が本質的な観点であると解すると、着手の前後で解消の要件が変わるという枠組みを維持する場合、その理由は着手の前後で法益侵害結果の発生へと至る危険が異なるため、その危険の程度に応じて要求される具体的行為もまた異なるからであると理解すべきことになろう。

<sup>68</sup> 西田・前掲注(49)240頁以下、今井・前掲注(64)118頁、橋爪・前掲注(64)98頁以下。

<sup>69</sup> 西田・前掲注(49)285頁以下、今井・前掲注(64)119頁、橋爪・前掲注(64)103頁以下。



消滅していなかったのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、Y との間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後の Y の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である」として、X に傷害致死罪の共同正犯の成立を肯定した。また、名古屋高判平成14・8・29<sup>71</sup>は、被告人が共犯者とともに A に対して暴行を加えていたところ、A の状態を見るにつけ心配になった被告人が A を気遣う態度を見せたところ、共犯者がこれに激昂するに至り、被告人に対し暴行を加えこれにより被告人が失神したが、A への暴行は他の共犯者によって場所を変えてなおも続けられた事案において、「B を中心とし被告人を含めて形成された共犯関係は、被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置という B 自身の行動によって一方的に解消され」と判示して、被告人の失神後に場所を変えてなされた暴行については共犯関係にない他の共犯者らによってのみなされたものと判断している<sup>72</sup>。さらに、共犯者と強盗を繰り返していた被告人が、事件当日、目的の住居に侵入し共犯者らの侵入口を確保した上で、あらかじめ付近に駐めてあった自動車内で待機していたところ、実際に住居に侵入した共犯者らが強盗に着手する前に、見張り役の他の共犯者が現場に人が集まってきたことから犯行の発覚を恐れ、屋内の共犯者らに電話で犯行を断念するよう助言したが受け入れてもらえず、「危ないから待てない。先に帰る。」とだけ伝えて一方的に電話を切った後、自動車内で待機していた被告人らに合流し現場を立ち去った。屋内にいた共犯者らは被害者方を一旦出て被告人らが立ち去ったことを知ったが、そのまま犯行を継続することにして強盗を実行したという事案において、最決平成21・6・30<sup>73</sup>は、「被告人において格別それ以後の犯行を阻止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる」とし、「被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消

<sup>70</sup> 刑集43巻6号567頁。本件の評釈として、川端博「判批」法セ419号（1989年）124頁、野村稔「判批」法教113号別冊附録（1990年）33頁、原田國男「判批」ジュリ949号（1990年）84-85頁、同「判批」曹時42巻6号（1990年）268頁以下、振津隆行「判批」ジュリ957号（1990年）153-154頁、萩原玉味「判批」松尾浩也他編『刑法判例百選Ⅰ 総論〔第4版〕』（有斐閣，1997年）192-193頁、川口浩一「判批」芝原邦爾他編『刑法判例百選Ⅰ 総論〔第5版〕』（有斐閣，2003年）188-189頁、島岡まな「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ 総論〔第7版〕』（有斐閣，2014年）192-193頁などがある。

<sup>71</sup> 判時1831号158頁。本件の評釈として、照沼亮介「判批」法教294号別冊付録（2004年）32頁、小林憲太郎「判批」判時1858号200頁などがある。

<sup>72</sup> ただし、A の受傷結果がいつの時点で生じたか不明な事案であったことから、被告人は同時傷害の特例により傷害罪の共同正犯が成立している。

<sup>73</sup> 刑集63巻5号475頁。本件の評釈として、豊田兼彦「判批」法セ657号（2009年）127頁、宮崎香織「判批」警論62巻11号（2009年）23頁以下、葛原力三「判批」重判平成21年度（ジュリ臨増1398号）（2010年）179-180頁、匿名記事「判批」法時82巻5号（2012年）144頁以下、島田聡一郎「判批」判評641号（判時2148号）（2012年）176頁以下、任介辰哉「判解」最判解刑事篇平成21年度（2015年）165頁以下、橋爪隆「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ 総論〔第7版〕』（有斐閣，2014年）190-191頁などがある。

したということはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である」と判示している。これらの（裁）判例においては、被告人の離脱前になした行為の因果的寄与がなおも結果に影響を与えたかどうかを問題としているものと思われる。

ただし、因果性の解消を共犯関係の解消の要件とすると、一度与えた因果的影響力を事後的に解消することは極めて困難であるという実際上の問題があることから、現在では因果性遮断説を共犯関係解消のための基本的な視座としつつ、因果性が残存していると思われるような場合でも規範的な見地からその遮断を認める見解が主張されている<sup>74</sup>。

## 2. 従来の議論と共謀の射程論との関係

ここまで、「共謀の射程」論における学説状況と、そこで議論される問題についての従来の議論状況を概観した。以下では、共謀の射程という概念と従来の議論との関係を検討し、この概念が用いられることで明確化する、それぞれの問題領域における検討プロセスについて論じる。

### (1) 共犯の過剰の問題領域—錯誤論との関係—

共同正犯者の一部の者が、他の共同正犯者との間でなした共謀の内容に照らし逸脱ないし過剰であると評価される行為を行い、より重大な法益侵害結果を惹起した場合、そのような行為を行っていない他の共同正犯者については、認識していた事態と現に生じた客観的事態との間に齟齬が生じることになる。この問題が共犯の過剰の問題であるとされ、そこでは共犯の本質論、現在ではやわらかい部分的犯罪共同説とやわらかい行為共同説の対立が看取される。

両説の対立は、共犯の共同現象の「対象」について、これを「犯罪」と置くか、「行為」と置くかにあるという基本的な視点は、共犯の本質論に関する議論が細分化した現在においても変わらない<sup>75</sup>。そして、共同正犯者の一部の者が、他の共同正犯者との間でなした共謀の内容に照らし逸脱ないし過剰であると評価される行為を行い、より重大な法益侵害結果を惹起した場合について、そのような行為を行っていない他の共同正犯者については、当該法益侵害結果は各関与者に帰属した後、錯誤論の領域において関与者らを「共同正犯」として評価できるかが争われてきた。つまり、各関与者について錯誤論での検討よりもまず当該法益侵害結果を帰属できるかどうかの判断が先行するのである<sup>76</sup>。

この点、共謀の射程論は共同正犯における因果性の問題であると位置づける見解からは、錯誤論の領域に先立ち、当該法益侵害結果をそのような行為者に帰属できるかどうかにより明確に判断で

<sup>74</sup> 例えば、塩見・前掲注(64)101頁は、「結果への作用・影響を事実に失わせたことではなく、失わせると評価すべき、離脱としての適格性ある措置がとられたことが重要」としている。なお、このような見方に批判的なものとして、川口・前掲注(70)189頁。

<sup>75</sup> 橋本・前掲注(50)99頁、亀井・前掲注(51)45頁以下。

<sup>76</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程について」76-77頁、成瀬・前掲注(1)11頁、橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(i)」131頁。

きることとなる。すなわち、共同正犯者の一部の者が、他の共同正犯者との間でなした共謀の内容に照らし逸脱ないし過剰であると評価される行為を行い、より重大な法益侵害結果を惹起した場合について、まずそのような逸脱・過剰行為に基づく結果が、当初の共謀との関係でその射程外であると評価されるならば、そもそもそのような行為を行っていない他の共同正犯者については、当該法益侵害結果の帰属は認められないことになるのである<sup>77</sup>。よって、この場合における共同正犯の成否の検討プロセスとしては、まず当該過剰・逸脱行為が共謀の射程内にあるかどうか（共同正犯としての因果性）が確認された後で、かつ当該行為が射程内にあると判断される場合に初めて、関与者らを共同正犯と評価できるかの問題が立ち現れることになる<sup>78</sup>。このように、共謀の射程論を用いることで、共犯の過剰が問題となる事案について検討プロセスの明確化が図られることになる。

## (2)共犯関係の解消の問題領域—因果性遮断説との関係—

さらに、このような検討プロセスの明確化は共犯関係の解消の問題においても図られることになる。

すなわち、犯罪の遂行過程で関与者の一部の者が犯意を放棄して現場から離脱した後、残余の者（ら）が法益侵害結果を惹起した場合、離脱者はどの範囲で責任を負うのかが問題となる場面において、因果性遮断説の考え方からは、離脱者の離脱前の行為による結果への因果的寄与が除去されたといえる場合には、離脱者は当該法益侵害結果について責任を負わない。この点、離脱者が離脱するための要件を充足しなければならないのは、それが認められなければ当該法益侵害結果が離脱者に帰属されることになるからである。だとすれば、この考え方の前提にあるのは、当該法益侵害結果が離脱者にとっては残余の者となした共謀の射程内に入っているということがまず前提となっているのである<sup>79</sup>。

これを敷衍するならば、次のようになる。まず前提として、共犯関係の解消が問題となる場面においても、残余の者が離脱者の離脱後に惹起した法益侵害結果が共謀の射程内に入っていることが確認されなければならない。そして、離脱者の離脱前の行為と当該法益侵害結果との間の因果性が存在することを前提に、因果性遮断説の見地から、そのような因果性を遮断しているものと評価しうるかを確認し、これが肯定される場合に共犯関係の解消が認められることになる<sup>80</sup>。このことから、共謀の射程内かどうかの判断基準と、因果性遮断に関する規範的な観点は、検討段階の異なる

<sup>77</sup> ただし、共謀の射程が共同正犯における結果帰属の問題であるから、他の共同正犯者についてはそれぞれの行為について、別途狭義の共犯の成否が問題となる。

<sup>78</sup> 十河・前掲注(1)「共謀の射程について」76-77頁、成瀬・前掲注(1)11頁、橋爪・前掲注(1)「共謀の意義について(1)」131頁。

<sup>79</sup> 今井・前掲注(64)119頁は、因果性遮断説について「共謀による心理的因果性が及ぶ範囲は、(物理的因果性をも考慮するにせよ)まず検討されるべき点なのである」と指摘する。

<sup>80</sup> この点を指摘するものとして、坪井裕子他「共犯(3)の2」判タ1388号(2013年)44頁。

問題を対象とするものであるから、分離して検討すべきことになる<sup>81</sup>。

### 3. 更なる問題領域への広がり

共謀の射程が問題となるのは実行共同正犯、共謀共同正犯ともに共通するものと思われる。この点、共謀共同正犯において、実際に現場で犯罪を実行する者が共謀の内容に照らし逸脱・過剰行為をなした場合、それが当初の共謀の射程外の行為であると判断された場合には共謀共同正犯者について当該結果帰属は否定されることになる。その一方で、実行共同正犯者間での共謀の射程が問題となる場面、すなわち、複数人で犯行現場に赴きある犯罪を実行することを共謀していたところ、実際には関与者の一部が共謀の内容に照らし過剰ないし逸脱する行為をなしたが、それ以外の関与者がその後の犯行の継続には関与したような場合、過剰・逸脱行為を行わなかった関与者についてはどのように罪責を検討することになるのか。

このような事例が問題となった裁判例として東京地判平成7・10・9<sup>82</sup>がある。事案は以下のようなものであった。被告人Xが、共犯者Y及びZから、飲食店経営者に睡眠薬を飲ませ金品を盗取する昏睡強盗の計画をもちかけられこれに同意した。XらはVの経営するスナックにおいて、「Xの誕生祝いだ」などと嘘をついてVに酒の一气飲みを何度もさせた上、Zがすきを見てVのグラスに睡眠薬を入れ同人にこれを飲ませた。しかしVは意識がもうろうとし始めたものの眠り込むまでには至らなかったところ、しびれを切らしたYが突然Vに対し暴行を加え（これにより、Vは頭部顔面外傷を負った。）同人を気絶させ、これを傍観していたXはZに促されるまま財物を奪取した、というものである。

Xの罪責につき検察官は、狭義の強盗を前提とした強盗致傷罪の共同正犯が成立する旨主張したが、東京地裁は、「昏睡強盗とは手段方法が質的に異なっている暴行脅迫を手段とする強盗についての共謀が認められないのであれば、右暴行によって生じた致傷の結果について直ちに被告人に責任を負わせることはできない（なお、右傷害の結果を昏睡強盗の機会における傷害と解することもできない。）」とし、Xについて、狭義の強盗の現場共謀が成立したとは認められず、この共謀の存在を前提とした強盗致傷の責任を被告人に負わせることはできないとした。

この裁判例においては、まず被告人と共犯者間で成立した共謀の内容に照らし、YのVに対す

<sup>81</sup> 島田・前掲注(64)11頁は、ドイツでの議論を参考にして、離脱者の離脱後になされた行為および結果を帰属し得るかを、当該行為が別個の犯罪事実といえるかどうかを基準として判断することを主張している（別個の犯罪事実論）。さらに、仲道・前掲注(1)241頁以下も、この考え方を基礎として、その判断基準の明確化を検討している（共有された意図の相互的な義務づけ）。これらは、因果性を遮断する規範的な視点それ自体に共謀の射程の考え方を適用するものといえるが、検討プロセスの明確化という視点からは、2段階の検討プロセスのうちの最初の段階で共謀の射程の考え方を適用すべきように思われる（この点については、仲道・前掲注(1)247頁〔高橋則夫コメント〕参照）。

<sup>82</sup> 判時1598号155頁以下。本件の評釈として、勝丸充啓「判批」警論50巻3号（1997年）193頁以下、前田雅英「判批」都法38巻2号477頁以下がある。

る暴行がその射程内にはないことが認定された上で、Yの暴行後に強盗についての新たな現場共謀が成立したとして、財物奪取を行った被告人につき強盗罪の限度で承継的共同正犯が成立する旨判示した（懲役3年，執行猶予5年，確定）。このような検討プロセスをより一般化するならば，まず被告人について，共謀の射程の観点から共犯者の逸脱・過剰行為に基づく結果が当初の共謀の射程内であったかどうかを検討され，これが否定された場合には当初の共謀を理由に当該逸脱・過剰行為から生じた結果を被告人に共同正犯として帰属できないことになる<sup>83</sup>。そして，新たな共謀が被告人を含めた形で共犯者間において成立した時点において，すでに共犯者の一部が犯罪行為に取り掛かっていた場合には，被告人は先行行為者の犯罪遂行過程の途中からこれに加わったものと考えられるから，承継的共同正犯の成否が問題とされることになる<sup>84</sup>。

#### Ⅳ．おわりに

本稿では，現在議論が盛んになされている「共謀の射程」論について，現在の学説状況を概観し，従来の議論との関係を整理することを試みた。その結果，現在の学説においては「共謀の射程」論を共犯の心理的因果性の問題として理解する見解が有力になっており，また，共謀の射程という概念は，共同正犯としての結果帰属を可能とする程度に，共犯の因果性を限定する概念として把握されていることが確認された。

このような分析を経て，本稿ではさらに，共謀の射程論で取り扱われる共同正犯における諸問題について，それらの問題領域において交わされてきた従来の議論と「共謀の射程」論との関係を整理することを試みた。このような作業を行った結果，「共謀の射程」論の位置づけとしては，これが共犯の過剰の問題に論理的に先行して検討されるべきこと，また共犯関係の解消を検討する前提の問題としてこれが検討されるべきこと，こういった理解に至った。そして，このような位置づけを与えられた「共謀の射程」論を検討することにより，これがそれぞれの問題領域における検討プロセスの明確化に資するものであることを論じた。

このように「共謀の射程」論を把握した場合，共同正犯について要求される因果性の内容に関しては更なる分析が必要となろう。すなわち，共犯における心理的因果性について，これは従来から広義の共犯一般に共通のものであると解されてきたが，共同正犯としての結果帰属を可能とするような程度ないし実質をもつような心理的因果性という形で，その内部において区別することになる。その具体的な区別とその基準については，今後の検討課題としたい。

---

<sup>83</sup> さらに本件における被告人Xは，Yの暴行行為が行われる前の時点において，具体的に昏睡強盗の結果発生を促進するような行為には出ていないことから，幫助犯としての因果性も認められないと思われる。

<sup>84</sup> 承継的共同正犯の問題については，以前に取り扱ったことがある。拙稿「わが国における承継的共犯論について」明大院48号（2018年）183頁以下，拙稿「だまされたふり作戦と詐欺罪の承継的共同正犯の成否について—最高裁第三小法廷決定平成29年12月11日を素材として—」明大院49号（2018年）57頁以下を参照されたい。

また、本稿の問題関心に照らし、その検討対象を「共謀の射程」論の位置づけの問題に限定して検討を行ったが、共謀の射程を測定する具体的な判断基準の問題には立ち入ることができなかった。この点についても今後の検討課題としたい。